

Prospetto dell'Autore

E. SERAFINI

DUE QUESTIONI

INTORNO

ALLA PURGAZIONE DEL VIZIO DI FURTIVITÀ

Estratto dall'**Antologia Giuridica**—Catania

CATANIA
TIP. DI F. MARTINEZ
—
1890.



PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

—
Legato **Anselmi**

OA. - b

508



DUE QUESTIONI

INTORNO

ALLA PURGAZIONE DEL VIZIO DI FURTIVITÀ

~~~~~

Una monografia soddisfacente sulla purgazione del vizio di furtività io penso non sia ancora stata fatta.

L'ultimo lavoro in proposito è quello del GANDOLFO (1) ed è un coscienzioso riassunto delle opinioni che non accoglie, una assimilazione assai pregevole delle opinioni già da altri espresse; manca invece la parte originale, onde restano i dubbi che prima esisistevano; anzi il suo stesso lavoro, a chi lo legga accuratamente, mostra ad ogni passo la necessità di un nuovo ed originale studio dell'arduo ed elegante argomento.

I passi delle nostre fonti in questa materia presi singolarmente ed esaminati allo scopo di dedurne le conseguenze ultime costituirebbero una larga serie di contraddizioni; ma esse scompaiano ove se ne tragga la giusta teoria, ove si salga al principio che li domina, se ne intraveda il nesso che li lega, cose tutte le quali, secondo il mio modesto parere, non sono state finora soddisfacentemente trovate.

Tale lo scopo di un mio prossimo lavoro; pubblico per ora questo breve saggio poichè alcuni punti, fra i quali i due prescelti, meritano una trattazione speciale che eccederebbe i limiti di quella generale, e perchè essendo di estrema difficoltà e dovendo essere base della monografia generale, sarei lieto di sapere che cosa ne pensino i competenti, sia per approfondirne sempre meglio lo studio, sia per modificare o confer-

---

(1) *Archivio giuridico* XXXV pag.

mare il mio modo di vedere; onde non soltanto come sempre a chiunque ha un giusto concetto degli studi ogni obbiettiva e serena critica mi sarà cara; ma anche più profondamente ne professo sin d' ora la mia gratitudine a quanti vogliano occuparsene.

Premetto pure che io non sono per nulla fautore della teoria che nega ogni contraddizione nel testo; è un concetto che la ragione dei tempi e dell' ufficio giustifica in Giustiniano e che il carattere legale pratico rendeva opportuno e spesso necessario nei cultori del diritto comune, ma che oggi, non esistendo più alcun motivo di scompagnare lo storico dal criterio giuridico, sarebbe assurdo; soltanto credo che sarebbe cattivo metodo di interpretazione quello di volere da un singolo frammento dedurre conseguenze che esso non dice esplicitamente o implicitamente in modo sicuro ed incontrovertibile; sarebbe cadere in un altro eccesso non meno dannoso ed illogico: il diritto giustiniano va considerato come un tutto e quindi un testo interpretato alla luce degli altri testi, un principio alla stregua degli altri.

Due questioni io brevemente voglio trattare per ora: I. se il vizio di furtività si purghi colla *reversio ad creditorem* qualora la cosa sia stata sottratta al creditore pignoratizio; II. se la *reversio* al possessore di buona fede purghi il vizio di furtività.

I.

Il CUIACIO (1) scrisse: *Illud iam quidem est fuitque semper extra omnem controversiam, pignus usucapi posse, quod in creditoris potestatem redisset*. Uguale opinione esposero il DONELLO, (2) l' UNTERHOLZNER (3) ed il RUGGIERI (4).

---

(1) In librum LIV Pauli ad Edictum. Comm. ar L. 4, § 21, h. t.

(2) *Comm. iur. civ*; V. 18. 10.

(3) *Ausführliche Entwickelung der gesamten Verjährungslehre*, § 68, I pag. 227. L'UNTERHOLZNER nel suo libro *Ueber die Verjährung durch fortgesetzten Besitz* pag. 136 aveva manifestato diversa opinione.

(4) *Il possesso e gli istituti prossimi ad esso* II pag. 164 segg.

Contro questa opinione si suole citare il

fr. 4, § 6, XLI, 2.

PAULUS: libro LIV ad edictum.

*Quod autem dicit lex Alinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius ulique cuius subrepta est. Igitur creditori subrepta et ei cui commodata est in potestatem domini redire debet.*

L'obiezione è seria, tanto che il VANGEROW (1) per essa cambiò di opinione.

La teoria del CUIACIO non può essere vera. Ma forse questo passo dimostra che la *reversio in potestatem creditoris* non sia necessaria? Io credo che no.

L'UNTERHOLZNER (2) crede che l'apparente contraddizione si sciolga colla semplice osservazione che la *reversio in potestatem* del creditore è necessaria sino a tanto che il diritto reale del creditore pignoratizio dura. Or bene, siccome il diritto di pegno per la sua stessa natura è un diritto che dura sino al momento in cui il creditore è stato soddisfatto, così si può dire in tesi generale che la cosa sottratta deve ritornare nella potestà del proprietario.

A me pare che il ragionamento dell' UNTERHOLZNER non dica nulla o per lo meno ben poco; egli è certo che se il creditore pignoratizio è stato soddisfatto, non è più necessaria la *reversio in potestatem* di lui. Ma ciò dipende da un principio generale espresso anche dal

fr. 4, § 13, h. t.

*Sed et si vindicavero rem mihi surreptam, et litis aestimationem accepero, licet corporaliter eius non sin naclus possessionem, usucapietur.*

Io credo invece che sia necessaria e la *reversio ad domi-*

---

(1) Pand. § 317 Anm. B. b) Ediz. VII. vol. I, pag. 588.

(2) op. cit. I pag. 227.

*num* e la *reversio ad creditorem* perchè il vizio sia purgato.

Questa opinione non fu mai da alcuno sostenuta, eppure vi sono argomenti capitali che la sostengono.

Anzitutto un argomento storico. Non voglio davvero ricercare quale sia il rapporto che intercede fra la prescrizione delle XII Tavole in riguardo alla inasucapibilità delle cose furtive e la *Lex Atinia* che indubbiamente riesprime lo stesso principio. Ma oltre il ripetere, secondo ciò che ci dice GELLIO XVII, 7, il principio sancito dalle XII Tavole, parmi indubitabile che la *Lex Atinia* sancì un altro principio, quello della purgazione del vizio di furtività. Ciò si desume in modo non dubbio dal fr. 4, § 6, h. t. che ho poco sopra trascritto.

Fu dunque opera della scienza e della giurisprudenza l'avere stabilito il principio della *reversio ad dominum*. Mentre per la *Lex Atinia* nel caso ad esempio del furto di una cosa commodata la purgazione del vizio di furtività effettuavasi con la semplice *reversio in polestalem* del commodatario, la scienza e la giurisprudenza non ritennero ciò sufficiente, ma richiesero la *reversio ad dominum*. Ciò fu giusto perchè col ritorno della cosa nel primo stato gli effetti apparenti del furto erano cessati, ma con ciò non si teneva conto che colui il quale sottrae una cosa, non la toglie soltanto al detentore, ma anche al proprietario; si doveva pensare anzi e si pensò che il furto è diretto piuttosto contro il proprietario che non contro colui che detiene la cosa. Di qui la necessità che la cosa ritornasse al *dominus*. Il principio della *reversio ad dominum* restrinse adunque gli effetti che la *Lex Atinia* aveva stabilito; or bene questa restrizione non può essere del tutto ammessa quando si tratta di un furto di una cosa che era in possesso del creditore pignoratizio: il non ammettere la necessità del ritorno anche a lui sarebbe stato un eccesso opposto, un ingiusto obbligo del diritto del creditore pignoratizio, un riallargare di troppo il principio della *reversio ad dominum*; ora una tale duplice funzione non è ammissibile. Io comprendo il purgarsi del vizio di furtività per la *reversio ad creditorem* e *ad dominum*, non mi riesce concepibile che

basti la seconda soltanto; l'equità romana ne sarebbe scossa profondamente.

E ciò anche per un argomento teorico: il creditore pignoratizio ha il possesso giuridico della cosa datagli in pegno non solo, ma il rapporto che intercede fra lui e la cosa è un rapporto reale: ora questo rapporto reale non può assolutamente essere scisso per il fatto del furto, tant'è che a lui è accordata direttamente e non in qualità di cessionario del debitore l'*actio furti*. Questo rapporto reale fra lui e la cosa non esclude la necessità che questa ritorni anche al *dominus* e ciò poichè fra questo e la cosa pure intercede un rapporto reale, il diritto di proprietà. Il *furtum* di una cosa pignorata non costituisce un *furtum possessionis*, ma un *furtum rei* di fronte al creditore pignoratizio stesso non soltanto quando un terzo sottrae la cosa ma anche nel caso in cui lo stesso proprietario, che ha costituito il pegno, la sottrae (1), e però la *reversio* a lui è pure necessaria. Ma vi è di più: se il debitore venendo a cognizione del furto avvenuto e potendo riavere la cosa non se ne fosse occupato la *purgatio vitii* avrebbe avuto luogo; il rapporto reale sulla cosa da parte del creditore pignoratizio sarebbe divenuto inutile per il fatto del debitore. Ciò non parmi sia ammissibile; sarebbe stato permettere una indegna violazione degli altrui diritti.

---

(1) È opinione comune che si abbia il *furtum possessionis* quando il proprietario sottrae la cosa al suo creditore pignoratizio. Si consultino SCHIRMER, *Zur Lehre des furtum* nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* v. 210, KLIEN, *Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls* l. 126, WÄCHTER nel *Rechtslexicon* del WEISKE III 361 segg. DEJARDINS *Du vol* 91. Questa teoria è erronea e lo ha dimostrato il FERRINI *furtum usus possessionisve* (Estratto dalla *Rivista penale* XXIII fasc. I, II, pag. 9 segg.) e *appunti sulla teoria del furto* (Estratto dai *Rendiconti dell'Istituto lombardo*, serie II, v. l. XXII pag. 11. Non tutti gli argomenti esegetici del FERRINI del resto hanno valore: alcuni passi non hanno nulla a che fare colla questione: oltre che dal contesto di questi passi stessi risulta dagli Scolii ai Basilici ad essi, ma non è qui il luogo di discuterne, Cfr. *BARON Pand.* § 311 (Ediz. VII, pag. 522).

La verità del principio da me posto risulta chiaramente dalla esegesi del famoso

fr. 49, h. t.

LABEO libro V. Pithanon a Paulo epitomatorum.

*Si quid est subreptum, id usucapi non potest. antiquam in domini potestatem pervenerit. Paulus: Imo forsitan, et contra: nam si id, quod mihi pignori dederis subriperis: erit ea res furtiva facta, sed, simul atque in meam potestatem venerit usucapi poterit.*

Il SELL, (1) l' UNTERHOLZNER, il VANGEROW, (2) il WINDSCHEID (3) ed altri opinano che in questo frammento si tratti di un pegno costituito da un non proprietario della cosa, il quale l'ha di poi sottratta al suo creditore pignoratizio.

Tale interpretazione è assolutamente arbitraria di fronte alle parole del passo. Dice bene il GANDOLFO: « Nella prima parte del frammento si parla espressamente del *dominus*. È logico quindi e naturale che nella susseguente pur volendosi restringere la regola stabilita da LABEONE, siasi da PAOLO presupposto che *dominus* fosse quel pignorante e ladro, a riguardo del quale il ritorno in suo potere non sanerebbe la furtività. Così si mantengono esatti i termini dell'antitesi che da PAOLO si volle fare risultare: altrimenti sarebbe scosso il senso ed il contesto del passo ». Una spregiudicata esegesi del testo non porta adunque alla fattispecie voluta dall' UNTERHOLZNER e dal VANGEROW.

Ma anche la teoria che ne risulterebbe è errata e creerebbe nuove contraddizioni.

L'UNTERHOLZNER ed il WINDSCHEID credono che il ritorno al possessore di buona fede sia sufficiente per purgare il vizio di furtività. Ammesso questo principio la contraddizione, in cui l'UNTERHOLZNER cade, è evidente, poichè una volta che il ritorno al possessore di buona fede purga il vizio di furtività,

---

(1) *Die Lehre des Eigenthums* p. 169.

(2) *Pand.* I, pag. 588.

(3) *Pand.* § 186, nota 6.

questo vizio dovrebbe pure essere purgato nel caso che il possessore di buona fede avesse dato in pegno la cosa e poi l'avesse sottratta senza bisogno che la cosa ritornasse *in potestatem creditoris* precisamente come accade, secondo l'UNTERHOLZNER non già secondo me, nel caso in cui il *dominus* stesso ha sottratto la cosa.

Questa obiezione naturalmente non vale contro il VANGEROW, il quale non ammette che il vizio di furtività si purghi col ritorno della cosa al possessore di buona fede. Ma anche in tal caso non è spiegabile la purgazione del vizio col semplice ritorno al creditore pignoratizio, nel caso che il possessore di buona fede, che ha dato in pegno la cosa, la sottrae. Egli è certo che anche in tal caso al creditore spetta l'*actio furti*; la cosa adunque diviene furtiva, e come si può dire che il vizio di furtività si purga senza che la cosa ritorni al *dominus*? Potrà forse dirsi che in tal caso il furto non è diretto contro il proprietario, contro il diritto di proprietà? ma tale ragione non darebbe spiegazione sufficiente di sorta. E difatti perchè in tal caso è necessario il ritorno nella podestà del creditore? Perchè il diritto reale di pegno è stato riconosciuto! Ed allora perchè non deve valere lo stesso nel caso che il *dominus* stesso sottrae la cosa data in pegno al creditore? Anche qui il *furtum* non è punto furto di proprietà poichè il creditore pignoratizio non è proprietario; anzi è laddro il proprietario stesso.

AmMESSO adunque che il fr. 49 cit. contenga il caso pratico voluto dall'UNTERHOLZNER e dal VANGEROW nuove contraddizioni si vengono a creare: il passo di PAOLO non perde la sua importanza; esso dice in ogni modo che il ritorno in *potestatem creditoris* è necessario.

Altra interpretazione di questo frammento è quella del MÜHLENBRUCH (1). Secondo lui PAOLO pensa al caso di una *manipatio sub fiducia*. Se così fosse non si potrebbe davvero spiegare perchè PAOLO voglia limitare il principio posto da LABEONE,

---

(1) *Doctrina Pand.* II, § 371, nota 2.

poichè nella *mancipatio sub fiducia* il creditore diventa proprietario.

Il GANDOLFO (1) segue la interpretazione dello SCHIRMER (2) che a me pare illogica non solo, ma contraria alle parole del frammento. Secondo il GANDOLFO nel nostro frammento non si tratta del caso in cui una cosa sia stata data in pegno, ma del caso in cui una cosa mobile sia stata ipotecata e di poi alienata dal debitore. Che anche in questo secondo caso il debitore commetta un furto è cosa assodata ed inconcussa (3). Orbene, dice il GANDOLFO, in questo caso la *reversio ad creditorem* è necessaria poichè col furto la cosa non è ritornata al *dominus*, anzi è uscita dalla sua proprietà. L'apparenza di un sano sillogismo c'è, ma in realtà si ha un vero sofisma: è una incongruenza nella quale niun giurista romano sarebbe caduto mai. Poichè se quando il possesso fu dato al creditore ed il *dominus* sottrasse la cosa, il ritorno nella potestà del creditore non è necessario, ciò deve a fortiori valere quando questo possesso non fu dato. Il GANDOLFO ha sostenuto il principio accolto dal PAGENSTECHEK, (4) dal WINDSCHEID (5) e già accennato dalla GLOSSA (6) che il *furtum possessionis* mentre fa sorgere l'*actio furti* a carico del proprietario che ha sottratto la cosa, mancando in esso il fatto della proprietà rubata non genera il vizio di furtività e perciò non fa duopo la *purgatio*. Ma se un tal principio è giusto io domando come può avere il GANDOLFO potuto accogliere l'opinione dello SCHIRMER? Non mi pare che ve lo abbia potuto spingere la logica. Poichè se

---

(1) *op. cit.* § 26, 27.

(2) *Grundidee der Usucapion* pag. 177 segg.

(3) Vedi fr. 19, § 6, fr. 66 pr. XLVII, 2 Cfr. § 14, I. IV, 1, r. 22 pr. XIII, 7. Lo ZIMMERMANN nell'*Archivio fur civ. Praxis* XXXV pagina 443 ed il MÜLLER *Institut*, § 474, nota 23 opinano che la nov. 112 cap. 1, abbia abolito questo principio.

Vedi contro e giustamente il VANGEROW *Pand.* I § 384, nota 1.

(4) *Die röm. Lehre vom Eigentum* II. pag. 268.

(5) *Pond.* §. 182, nota 6.

(6) Ad § 10 I. IV 6 alla parola *subtraxerit*.

quando il possesso fu dato al creditore e il furto fu commesso dal proprietario non nasce il vizio di furtività, a maggior ragione non dovrebbe nascere quando il possesso non fu dato. La ragione per cui non vi è furto nel caso di cosa mobile ipotecata non è già perchè vi è un rapporto personale obbligatorio fra proprietario e creditore, ma perchè il rapporto reale sulla cosa è stato turbato e questa turbativa rende insuscipibile la cosa; orbene quando non solo questo rapporto reale c'è, ma si estrinseca, diciam così, ancora maggiormente colla consegna della cosa, allora io dico: come è possibile che il vizio di furtività non ci sia? Per debito di lealtà debbo avvertire che il GANDOLFO si è accorto di questa incongruenza e ce ne rende avvertiti accusandone i giureconsulti romani. Ma di simile incongruenza essi non possono essere tacciati; essa non esiste che nella mente sua. Inoltre, data pure una tal incongruenza fra il passo del Codice e quelli del Digesto, con quale necessità volerne incolpare anche PAOLO sforzando il fr. 49 cit. ed interpretandolo come se invece di cosa consegnata in pegno si parli in esso di cosa ipotecata? Il *quod mihi pignori dederis* ed il *subripueris* ci dicono chiaramente il contrario.

Ho accennato ad un passo del Codice, esso non ha bisogno di speciale interpretazione. È la

L. 6 C. VII. 26:

*Cum sit probatum, rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam: palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi.*

Io credo col GANDOLFO (1) che qui si tratti di una cosa mobile ipotecata e poi venduta dal debitore.

La Costituzione di FILIPPO non ci parla della purgazione del vizio di furtività, sarebbe invero assurdo se dovessimo dire che la purgazione del vizio è in tal caso impossibile. Essa av-

---

(1) *op. cit.* § 26. Riguardo alle altre opinioni manifestate dagli scrittori vedi VANGEROW *Pand.* I. pag. 587.

verrà quando il creditore ipotecario si troverà in posizione di fare valere il suo diritto reale, o quando egli sia stato soddisfatto dal debitore stesso. Ciò è chiaro. In questo caso non ci sarà punto la necessità della *reversio ad dominum*. Ma la Costituzione di FILIPPO è certamente importante per la teoria; da essa non si può a meno che desumere la necessità della *reversio ad creditorem* quando la cosa a lui data in pegno sia stata sottratta o da un terzo o dal debitore stesso.

Ma essa ci dimostra un'altra cosa e si è che non vi era alcun dubbio in proposito: il *palam est* ci insegna abbastanza. Perciò tutti i ragionamenti che fa il GANDOLFO per spiegare a incongruenza in cui, secondo lui, sarebbero caduti i giureconsulti romani cadono senz'altro nel vuoto.

È ora che io interpreti il famoso fr. 49 cit.

LABEONE aveva scritto che ciò che era stato rubato non poteva essere usucapito se prima non tornava nella potestà del *dominus*. PAOLO dichiara che questo principio non è vero in modo assoluto poichè può accadere che questa *reversio ad dominum* non vi sia, eppure la *purgatio villi* avviene. Quale è la fattispecie che ci fa PAOLO per provare ciò? Egli ci fa il caso pratico di un proprietario debitore, il quale sottragga la cosa al creditore pignoratizio. In tal caso la *reversio ad dominum* è implicita e può dirsi che non c'è, e perchè la cosa sia usucapibile è necessaria la *reversio ad creditorem*. L'esempio pratico fatto da PAOLO per confutare LABEONE non è già scelto a caso: egli non ha scelto il caso in cui un terzo ha sottratto la cosa al creditore pignoratizio, ma precisamente il caso in cui il *dominus* stesso ha sottratto la cosa e non dice già che il principio di Labeone sia errato, ma dice *Imo forsitan et contra* cioè a dire: forse è giusto, ma vi ha una osservazione in contrario da fare, cioè non è completamente giusto. E tal forma è scelta poichè davvero si poteva dubitare che nel caso pratico da lui scelto effettivamente si possa parlare di vera e propria *reversio ad dominum* poichè contemporaneamente di fronte al proprietario nasce e muore il vizio di furtività.

Che così debbasi interpretare il frammento, oltre che la

lettera del frammento non contrasta, si ricava ancora da ciò, che il principio della *reversio ad dominum* era stato sostenuto da PAOLO stesso. Ma si dirà che il frammento non prova se non questo: che la necessità della *reversio ad creditorem* sia necessaria soltanto quando è il *dominus* stesso che sottrae e non quando è un terzo. Ma ciò non sarebbe nè logico, nè giusto. E difatti la ragione per cui è necessaria in questo secondo caso la *reversio ad creditorem* non può dipendere dal vincolo personale che intercede fra il creditore ed il debitore proprietario, ma dal rapporto reale che intercede fra creditore e cosa, e questo rapporto è *erga omnes* appunto perchè reale. Nè si può dire che questo rapporto reale faccia sì che nel caso che un terzo sottragga la cosa al creditore sia sufficiente il ritorno in potestà del creditore; ciò sarebbe contrario a quanto lo stesso PAOLO al fr. 4 § 6 cit. insegna.

Interpretando adunque PAOLO con PAOLO la conclusione che deducesi dal fr. 49 è questa: il furto di una cosa pignorata si purga quando il *dominus* ed il *creditore* sieno ritornati ad avere la potestà sulla cosa.

Ma contro questa mia teoria si può citare il

Fr. 4 § 21 h. t.

PAULUS: libro LJV ad Edictum.

*Si rem pignori datam debitor surripuerit et venderit, usucapi eam posse, Cassius scribit, quia in potestatem videtur pervenisse, qui pignori dederit, quamvis cum eo furti agi potest; quod pulo rectius dici.*

Questo frammento invero forma il caposaldo della teorica avversaria che dice che il ritorno nella potestà del creditore pignoratizio non è punto necessario.

Sarebbe meglio accogliere l'opinione di PULVEO (1) che ri-

---

(1) *Ad legem atiniam liber singularis* § XIV nel *Thesaurus* dell' OTTO IV, 339 segg.

tiene questo passo inconciliabile e concludere che il passo è errato piuttosto che venire a questa conclusione, ma a me sembra ciò difficile ad ammettersi essendo lo stesso PAOLO che l'ha scritto. Ma a me sembra che il frammento si presti ad una interpretazione dalla quale non può ricavarsi la non necessità del ritorno in potestà del creditore. Bisogna interpretare le singole parole e vederne lo scopo di ognuna. Cosa stanno a fare le parole *qui pignori dederit*?

A spiegare forse che era lo stesso *dominus* quello che aveva pignorato la cosa? Ciò era perfettamente inutile. Esse indicano invece tutt'altra cosa e sono necessarie. Ecco per me la questione che vuole trattare PAOLO: Un debitore aveva dato in pegno una cosa propria e poi l'aveva venduta. Il terzo che aveva comprato la cosa e che indubbiamente ne era divenuto proprietario (1) perde il possesso di questa cosa e lascia trascorrere il termine adatto per acquistarne da un quarto possessore di buona fede la proprietà. Trascorso questo termine il terzo agisce contro il quarto colla *reivindicatio*. Questo quarto replica che ha usucapito ed il terzo lo nega perchè il proprietario debitore l'aveva sottratta al creditore e essendo furtiva la cosa è inusucapibile poichè la *reversio ad dominum* cioè a lui non aveva avuto luogo. CASSIO e PAOLO dicono che ciò non era necessario e che la *reversio* era già avvenuta implicitamente poichè doveva avvenire presso il primo proprietario, presso il *dominus qui pignori dederit*. Egli è vero che potrebbe dirsi che questa non sia una vera e propria *reversio* perchè il creditore aveva l'*actio furti* e quindi gli poteva togliere la cosa, ma ciò non vale poichè ciò era stato causato dal fatto stesso del primo proprietario.

Così credo debba parafrasarsi il passo: la questione è se la *reversio* debba aver luogo al secondo proprietario e si decide

---

(1) Ciò è negato dal BREIDENBACH De pignore per debitorem distract. § 4 segg. Egli si appoggia su c. 5 de legibus. Vedi contro il VANGEROW Pand. § 384, nota 1. Cfr. specialmente fr. 36 IX, 4 e i Basilici I.X, 5 fr 36 e gli scolii ad esso (HEIMBACH V, 369).

negativamente. Ma se sia o non sia necessaria la *reversio ad creditorem* il passo non lo dice ed un argomento in contrario è di fronte ai principii generali e di fronte al fr. 49 cit. sarebbe erroneo.

Altri due frammenti si citano in favore della teoria a me avversa, il fr. 20, § 1, XLVII, 2 ed il fr. 5, XLI, 4.

Il primo di questi nulla ha a fare colla nostra questione, il secondo ha molta importanza.

Vedremo che neppur esso osta alla mia opinione, ma di ciò nella seconda questione.

## II.

È pure questione fra gli scrittori se la *reversio* al possessore di buona fede purghi il vizio di furtività. La maggioranza degli scrittori risponde affermativamente; il DE RETES (1) ed il VANGEROW (2) rispondono invece negativamente. Io sto con quelli della prima opinione pure avvertendo che può darsi il caso in cui sia errata e ciò avviene quando il possessore di buona fede è quello stesso che ha sottratto la cosa da lui ad esempio data in pegno od in usufrutto ad un altro coll'intenzione di sottrarla allo stesso proprietario. Ciò non fu, a quanto io sappia, da alcun scrittore avvertito, ma sembrami chiaro sicchè non credo abbia duopo di spiegazione.

Quando io dico che il ritorno in potestà del possessore di buona fede purga il vizio di furtività non dico punto che questa *reversio* sia sempre necessaria, essa è soltanto sufficiente, poichè se la cosa sottrattata al possessore torna nella potestà del *dominus* stesso senza che ritorni nella potestà del possessore di buona fede la *purgatio vitii* ha pure luogo. Ciò nessuno scrittore ha detto, ma risulta chiaramente dalle ultime parole del

---

(1) *Ad legem Atiniam* § 34, 35 nel *Novus thes.* del MEERMANN VI, 485.

(2) *Pand.* I. pag 587.

fr. 20, § 1, XLVII, 2.

...*quoniam et si alius subripial* (cioè al possessore di buona fede) *et in mea* (del dominus) *reversa res fuerit, usucapiebatur.*

Il caso del furto al possessore di buona fede non va punto confuso col caso del furto al creditore pignoratizio: il possessore di buona fede non ha un diritto reale sulla cosa o per lo meno non lo ha di fronte al vero proprietario, perciò anche nel caso che il creditore pignoratizio abbia ricevuto il pegno da un possessore di buona fede la *reversio* a lui non è sempre necessaria, basta che la cosa ritorni al *dominus* perchè il vizio sia purgato.

I principii generali non ostante invero a che si ammetta che sia sufficiente la *reversio* al possessore di buona fede; egli d'altronde è in generale e per principii di equità e di utilità considerato come proprietario, egli ha direttamente e non in qualità di cessionario del *dominus* l'*actio furti* contro il ladro. D'altro lato sarebbe iniquo che questo ritorno non fosse sufficiente poichè dato il caso che uno sottragga una cosa posseduta in buona fede, questa diviene furtiva ed il possessore di buona fede più non la potrebbe usucapire. E poi finchè il possessore è di buona fede si ignora l'esistenza di un diverso proprietario; ed egli e la legge credono sia proprietario.

Ma abbiamo un passo da cui necessariamente ricavasi questo principio.

Fr. 6, § 3, XLIII, 26.

ULPIANUS: libro LXXI ad Edictum.

*Iulianus ait, cum qui vi alterum detecit, et ab eodem rogavit, desinere vi possidere, et incipere precario; neque existimare, sibi ipsum causam possessionis mutare, quum voluntate eius, quem detecit, coeperit precario possidere; nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore posse dominium capere.*

È vero che in questo frammento si parla di una *res vi pos-*

sessa, ma per ciò che riflette la purgazione del vizio non possono che valere gli stessi principii.

Io non sto a riassumere le interpretazioni contrarie date dal MELLA e dal DE RETES seguiti dal VANGEROW. Lo ha fatto molto bene il GANDOLFO (1) ed anche la confutazione è bene riuscita. Dirò soltanto che la interpretazione che io seguo è quella data anche dall' UNTERHOLZNER ed in generale dalla maggioranza degli scrittori. Aggiungerò inoltre che per diritto giustiniano almeno è l' unica possibile poichè altrimenti il passo si riferirebbe alle *res mancipi* ed alla forma richiesta per il trasferimento della proprietà ai tempi di Giustiniano inesistenti.

Dalle ultime parole del frammento si deduce che un contratto di compra-vendita concluso con chi usò la violenza purga il vizio di furtività. Se il violentato fosse proprietario non si potrebbe davvero parlare di usucapione, poichè il compratore sarebbe divenuto proprietario; quindi necessariamente deve di qui dedursi che qui si parla di una *reversio* al possessore di buona fede e viene dichiarato che questa è sufficiente perchè il vizio di furtività si purghi.

Ma anche da un altro frammento si deduce la verità del principio. È il

Fr. 5, XLI. 4.

· MODESTINUS, libro X, Pandectarum.

*Si rem, quam tibi pignoravi subripuero, eamque distraxero: de usucapione dubitalum est. Et verius est utiliter cedere tempora usucapionis.*

La frase *cedere tempora* dimostra ad evidenza che qui si tratta di più tempi che concorrono e che si uniscono assieme per l' usucapione. Il possessore di buona fede dà in pegno una cosa e di poi la sottrae al creditore e la aliena. Il compratore potrà usucapire questa cosa *utiliter*.

Questo frammento è citato per dimostrare che il ritorno al

---

(1) *op. cit.* § 13.

creditore pignoratizio non è necessario. Se non vi fosse l'*utiliter* bisognerebbe inverò far violenza al passo per dedurne una diversa soluzione. Ma l'*utiliter* ha un grande significato. Esso indica che si ha una estensione di una regola di diritto ad un rapporto che lo stretto diritto non comporterebbe. Ciò dice anche il GANDOLFO; solo egli lo spiega nel senso che in riguardo al furto commesso dal possessore di buona fede si riconobbero, in ordine alla purgazione del vizio di furtività, effetti identici a quello che fosse stato consumato dal *dominus*.

Ma la cosa non sta così. E difatti se il vizio si purga col ritorno al possessore di buona fede non abbiamo punto una estensione di una regola di diritto. Mentre questa estensione c'è per la seguente ragione. Il furto commesso dal possessore di buona fede rende furtiva la cosa oppignorata, se egli la vende il compratore non può usucapirla. Ma la cosa è ritornata in potestà del creditore, la *reversio* al possessore è implicita, quindi il compratore potrà usucapirla. Ma da qual momento comincerà l'usucapione? Pel rigoroso diritto dal momento in cui la cosa è stata purgata del vizio di furtività, dal momento cioè che è ritornata al creditore. Orbene, dice MODESTINO, se questo ritorno ha avuto luogo il rigoroso diritto non si applica, il compratore può valersi della *accessio temporis*. Anche questo frammento adunque è favorevole alla mia opinione, che nel caso in cui al creditore pignoratizio si è sottratta la cosa anche il ritorno a lui è necessario.

Come ho detto si rileva dal fr. 20 § 1 XLVII 2 che il ritorno al *dominus* quando la cosa è sottratta al possessore di buona fede purga il vizio di furtività. Ma questo frammento si cita pure contro la mia opinione che, oltre alla *reversio ad dominum*, è necessaria la *reversio ad creditorem*. Ma il frammento nulla entra nella questione. Ecco come dice il giureconsulto PAOLO nel

fr. 20 § 1 XLVII 2:

*Si bona fide rem meam emeris eamque ego subripruero; vel etiam tuus usufructus sit, et eam contraclavero: tenebor tibi furti actione, et si dominus*

*rei sum; sed his casibus usucapio quasi furtivae rei non impediatur: quoniam et si alius subripiat et in mea potestate reversa res fuerit, usucapiebatur.*

Due sono i casi pratici fatti in questo frammento: il *dominus* ruba al possessore di buona fede, il *dominus* sottrae la cosa propria ad uno cui dal possessore di buona fede era stato sostituito un usufrutto. Di poi questo *dominus* perde il possesso della cosa. Si domanda se questo possessore possa usucapire. Il giureconsulto risponde affermativamente e dice che il fatto che il *dominus* sia tenuto coll'*actio furti* non è sufficiente per escludere la usucapibilità essendosi implicitamente purgato il vizio. Ciò è giusto poichè qui il possessore di buona fede e l'usufruttuario non hanno, almeno di fronte al *dominus*, un diritto reale sulla cosa, la purgazione del vizio di furtività si effettua colla semplice *reversio ad dominum* e coll'*actio furti* non si obbliga punto il proprietario a restituire la cosa da lui sottratta.

*Macerata, giugno 1890.*

PROF. ENRICO SERAFINI.



115599





15

All' Illustr. Signor Comm. Prof. Giorgio Anselmi  
della R. Università di

Torino